

Notat om de EU-retlige rammer for indførelse af krav om lokalitet i forbindelse med udbud af public service-radio og -tv

1. INDLEDNING OG SAMMENFATNING

Regeringen (Venstre, Liberal Alliance og Det Konservative Folkeparti) og Dansk Folkeparti har den 29. juni 2018 indgået en ny 4-årig mediepolitisk aftale for årene 2019-2023.¹

Ifølge aftalen vil der bl.a. skulle gennemføres følgende aktiviteter:

- Udbud af en ny tv-kanal
 - Kanalen udbydes med et årligt offentligt tilskud på 50 mio. kr. og med adgang til reklameindtægter mv.
 - Hovedsædet placeres vest for Storebælt, og produktionen skal finde sted uden for hovedstadsområdet.
- Genudbud af FM4
 - Kanalen udbydes med et årligt offentligt tilskud på 94,8 mio. kr. i 2019, 92,4 mio. kr. i 2020, 89,6 mio. kr. i 2021, 86,7 mio. kr. i 2022 og 83,9 mio. kr. i 2023 med adgang til brugerbetaling for podcast mv. samt krav om dækning af hele landet. Der tages stilling til adgang til reklameindtægter i forbindelse med udbuddet af kanalen, og på baggrund af beslutningen tager aftalepartierne stilling til den samlede økonomi for kanalen.
 - Hovedsædet skal placeres vest for Storebælt. Der etableres studiefaciliteter vest for Storebælt. Udgangspunktet er, at mindst halvdelen af de redaktionelle medarbejdere, inkl. freelance-medarbejdere (omregnet til årsværk), samt alle administrative medarbejdere skal være ansat vest for Storebælt.

¹ Aftalen kan findes på følgende link: https://kum.dk/fileadmin/KUM/Documents/Nyheder%20og%20Presse/Pressemeddelelser/2018/Mediaftale_2019-2023.pdf

- Udbud af ny digital radiokanal
 - Kanalen udbydes med et årligt offentligt tilskud på 30 mio. kr. og med adgang til reklameindtægter mv.
 - Hovedsædet placeres vest for Storebælt, og produktionen skal finde sted uden for hovedstadsområdet.

Kulturministeriet har til brug for det videre arbejde med implementeringen af denne del af aftalen anmodet om en redegørelse for, hvilke EU-retlige begrænsninger der er for at stille lokalitetskrav i forbindelse med udbud af radio- og tv-kanaler.

Kulturministeriet har endvidere anmodet om en vurdering af, om det vil være i overensstemmelse med EU-retten at stille krav om, at lokaliteten skal være i en bestemt by i Vestdanmark – eksempelvis Århus.

Vi forstår, at et lokalitetskrav grundlæggende ønskes stillet i forbindelse med de kommende udbud med henblik på at opnå en bedre geografisk diversitet i public service-indholdet.

Sammenfattende er det vores vurdering, at EU-retten principielt tillader, at Kulturministeriet i forbindelse med de ovennævnte udbud søger at opnå geografisk diversitet i public service-indholdet af danske tv- og radiokanaler, og at det principielt er muligt at varetage dette hensyn ved fastsættelsen af visse typer lokalitetskrav.

Udmøntningen af kravet skal imidlertid ske under overholdelse af EUF-traktatens bestemmelser om forbud mod diskrimination og inden for rammerne af EU's public service-statsstøtteregler. Det indebærer navnlig følgende:

1. Ethvert lokalitetskrav vil formentlig indebære en risiko for forskelsbehandling af potentielle leverandører og dermed være omfattet af en eller flere af EUF-traktatens bestemmelser om forbud mod diskrimination. Derfor skal hvert enkelt element i lokalitetskravet være sagligt begrundet og proportionalt i lyset af det formål, der søges varetaget (geografisk diversitet i indholdet af public service-radio og -tv). Den præcise udformning af lokalitetskravet for hvert af de tre påtænkte udbud kræver en konkret analyse af hvert enkelt element i lokalitetskravets tilknytning til formålet. Dette gælder både (a) kravets geografiske rækkevidde (en region, en landsdel eller noget andet) og (b) kravets indhold (hovedsæde, produktion, studiefaciliteter, redaktionelle og/eller administrative medarbejdere). Hvert enkelt element i lokalitetskravet skal kunne siges at bidrage positivt til det ønskede public service-radio eller -tv-indhold.
2. For det andet skal det formål, der søges varetaget med lokalitetskravet, defineres i overensstemmelse med EU's public service-statsstøtteregler, da leverandøren vil

skulle kompenseres for den pålagte public service-forpligtelse inden for rammerne af EU's statsstøtteregele. Det betyder navnlig, at lokalitetskravet ikke kan begrundes i andre hensyn, der er public service-indholdet uvedkommende, herunder f.eks. beskæftigelses- eller regionalpolitiske hensyn.

På baggrund af de oplysninger, vi har til rådighed, er det vores vurdering, at det næppe er muligt at stille et krav om, at de udbudte kanaler skal have en lokalitet, der er så præcist beskrevet som f.eks. en bestemt by (Århus). En så specifik beskrivelse af den geografiske rækkevidde synes at gå videre end nødvendigt for at varetage formålet om at sikre geografisk diversitet i public service-indholdet.

2. DEN EU-RETLIGE RAMME

Følgende EU-retlige regelsæt begrænser potentielt mulighederne for at stille lokalitetskrav i forbindelse med de ovennævnte udbud:

2.1 EUF-traktatens bestemmelser om fri bevægelighed og forbud mod diskrimination

På baggrund af de foreliggende oplysninger vil hverken EU's generelle udbudsdirektiv eller koncessionsdirektivet finde direkte anvendelse på det påtænkte udbud af en ny public service-tv-kanal, en ny public service-radiokanal og genudbud af FM4. Heller ikke reglerne i tilladelsesdirektivet for tildeling af tilhørende frekvenser sætter særlige grænser for de påtænkte udbud, idet direktivet ikke er til hinder for, at tildeling sker efter andre metoder end fastsat i direktivet.²

Det følger imidlertid af fast retspraksis, at offentlige myndigheder er forpligtede til at overholde traktatens grundlæggende regler ved tildeling af sådanne kontrakter/rettigheder³ i de tilfælde, hvor (tjenesteydelses)kontrakten – som her – frembyder en klar grænseoverskridende interesse.⁴

Dette indebærer navnlig, at EUF-traktatens bestemmelser om den fri etableringsret (artikel 49), tjenesteydernes frie bevægelighed (artikel 56) og kapitalens frie bevægelighed (artikel 63) skal overholdes.⁵

² Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/20/EF af 7. marts 2002 om tilladelser til elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (tilladelsesdirektivet). Efter artikel 5, stk. 2, tildeles brugsrettigheder til radiofrekvenser til udbydere af radio- og tv-spredningsvirksomheder gennem åbne, ikke-diskriminerende og transparente procedurer. Medlemsstaterne kan dog anvende særlige kriterier og procedurer for tildeling af brugsret til radiofrekvenser til udbydere af radio- eller tv-spredningsvirksomhed med henblik på formål af almen interesse, hvis EU-retten i øvrigt respekteres.

³ Jf. bl.a. EU-Domstolens dom af 21. juli 2005, Coname, C-231/03, EU:C:2005:487, pr. 16.

⁴ Jf. modsætningsvis EU-Domstolens dom af 13. november 2007, Kommissionen mod Irland, C-507/03, EU:C:2007:676, pr. 34-35.

⁵ Reglerne om den fri etableringsret i EUF-traktatens artikel 49 vil være relevante i det tilfælde, hvor der stilles krav om placering af et selskabs hovedsæde mv., da dette kan få betydning for selskabets frihed til at vælge mellem etablering af hovedsæde eller filial. Stilles der krav til placering af studiefaciliteter mv., finder reglerne om etableringsfrihed ikke anvendelse, se i denne sammenhæng EU-Domstolens dom af 27. oktober 2005, Contse, C-234/03, EU:C:2005:644, pr. 26-27. Kommissionens direktiv 2006/123/EF (servicedirektivet) har til formål at skabe en retlig ramme for at sikre etableringsfriheden og

De ovennævnte bestemmelser om fri bevægelighed konkretiserer det generelle diskriminationsforbud i EUF-traktatens artikel 18, der indeholder et grundlæggende forbud mod diskrimination, der gælder på hele EU-rettens område.

EU-Domstolen har med udgangspunkt i reglerne om fri bevægelighed i en række domme fastslået, at tildeling af kontrakter/rettigheder som f.eks. de påtænkte udbud skal ske under overholdelse af princippet om forbud mod diskrimination og gennemsigtighedsprincippet, jf. eksempelvis EU-Domstolens dom i sag C-324/98, Telaustria.⁶

Ud over den direkte forskelsbehandling baseret på nationalitet omfatter forbuddet mod diskrimination også enhver anden form for skjult forskelsbehandling, som ved anvendelse af andre sondringskriterier end nationalitet reelt fører til samme resultat, f.eks. bopæls-/geografiske placingskrav, sprogkrav mv., der kan være eksempler på skjult forskelsbehandling.⁷

Det følger af fast EU-retspraksis, at hvor et tildelingskriterium i praksis nemmere kan opfyldes af nationale erhvervsdrivende end erhvervsdrivende, der er etableret i andre medlemsstater, vil dette kriterium tilsidesætte princippet om, at en national foranstaltning skal finde anvendelse uden forskelsbehandling.⁸

Foranstaltninger, der indebærer direkte eller indirekte forskelsbehandling, kan dog opretholdes, hvis de er sagligt begrundede og proportionale, hvilket indebærer, at det samlede krav dels skal være egnet til at opnå det ønskede formål, dels ikke må gå videre end nødvendigt.⁹

Selv om EU-udbudsreglerne efter oplysningerne om den forventede struktur af de kommende udbud som nævnt ikke vil være direkte anvendelige og indeholder en række formelle regler, der ikke tilsvarende følger af EUF-traktatens regler om fri bevægelighed, kan der ved fortolkningen af traktatens bestemmelser om fri bevægelighed drages paralleller fra praksis vedrørende udbudsreglernes grundlæggende forbud mod diskrimination. Såvel EU-Domstolen som

den frie bevægelighed for tjenesteydelser mellem medlemsstaterne. Det fremgår dog af direktivets artikel 1, stk. 3, at direktivet ikke berører medlemsstaternes frihed til i overensstemmelse med EU-retten at fastsætte, hvad de betragter som tjenesteydelser af almen økonomisk interesse og bestemme, hvordan disse tjenesteydelser skal organiseres og finansieres i overensstemmelse med statsstøttereglerne og hvilke specifikke forpligtelser, der bør gælde for dem. Tilsvarende fremgår det af direktivets artikel 2, stk. 2, litra g, at direktivet ikke finder anvendelse på audiovisuelle tjenesteydelser, herunder tjenesteydelser i forbindelse med film, uanset hvordan de produceres, distribueres og transmitteres, samt radiospredning.

⁶ EU-Domstolens dom af 7. december 2000, Telaustria, C-324/98, EU:C:2000:669, pr. 60-61.

⁷ Jf. i den forbindelse EU-Domstolens dom af 29. oktober 1980, Boussac mod Gerstenmeier, 22/80, EU:C:1980:251, pr. 9.

⁸ Se i den forbindelse EU-Domstolens dom af 27. oktober 2005, Contse, C-234/03, EU:C:2005:644, pr. 37 samt EU-Domstolens dom af 6. november 2003, Gambelli, C-243/01, EU:C:2003:597, pr. 71. Tilsvarende har været udtrykt af Klagenævnet i kendelse af 4. marts 2010, Dansk Flygtningehjælp mod Hvidovre Kommune, hvor kommunen i forbindelse med udbud af danskuddannelse til voksne udlændinge anvendte et underkriterie om *"geografisk beliggenhed og offentlig befordring"*. Klagenævnet udtalte, at et kriterium om geografisk beliggenhed *"kan virke diskriminerende i forhold til tilbudsgivere, som ikke i forvejen har undervisningslokaler i den pågældende kommune"*. Derfor påvirkede det i særlig grad ordregiver at sikre, *"at også tilbudsgivere, som ikke aktuelt besad sådanne lokaler, havde mulighed for at komme i betragtning"*.

⁹ Jf. i den forbindelse bl.a. EU-Domstolens dom af 31. marts 1993, Kraus, C-19/92, EU:C:1993:125, pr. 32, EU-Domstolens dom af 30. november 1995, Gebhard, C-55/94, EU:C:1995:411, pr. 37, og EU-Domstolens dom af 6. november 2003, Gambelli, C-243/01, EU:C:2003:597, pr. 64 og 65.

Klagenævnet for Udbud har i deres hidtidige praksis forholdt sig til krav om specifikke lokationer i forbindelse med udbud.

EU-Domstolen har bl.a. i dom af 22. oktober 2015, Grupo Hospitalario Quirón SA, fastslået, at der var tale om forskelsbehandling og en ugrundet hindring for konkurrencen i strid med det dagældende udbudsdirektivs artikel 23, da der i forbindelse med et udbud om levering af en række mindre kirurgiske indgreb var stillet krav om, at dette alene kunne ske i Bilbao Kommune og ikke i kommuner, der grænsede op hertil.¹⁰

Kravet var af ordregiver begrundet i hensynet til at sikre nærheden og den lette adgang (tilgængelighed) for patienterne. EU-Domstolen lagde i den forbindelse vægt på, at nabokommunen, hvor en af byderne var placeret og ønskede at levere ydelserne fra, tidligere havde været en del af Bilbao Kommune og desuden indgik i storbyområdet Bilbao, ligesom adskillige af de patienter, som skulle aftage ydelserne, havde bopæl uden for den kommune, hvor der blev stillet krav om, at tilbudsgiver skulle være beliggende. Kravet kunne således ikke opretholdes.

EU-Domstolen har tilsvarende i dom af 27. oktober 2005, Contse, fastslået, at daværende artikel 49 EF (nuværende EUF-traktatens artikel 56 – tjenesteydelser) var til hinder for, at en ordregivende myndighed i udbudsmaterialet for en offentlig kontrakt om udførsel af sundhedsmæssige tjenesteydelser (åndedrætsterapi) fastsatte en adgangsbetingelse, hvorefter virksomheder, der ønskede at deltage i udbuddet på tidspunktet for afgivelse af bud skulle råde over et offentligt tilgængeligt forretningslokale i den provinshovedstad, hvor tjenesteydelsen skulle udføres. Derudover var vurderingskriterierne fastsat således, at en virksomhed ville få yderligere point, hvis virksomheden på tidspunktet for afgivelse af bud havde anlæg/faciliteter til produktion, forarbejdning og påfyldning af ilt inden for en radius af 1000 km fra den provins, hvor ydelsen skulle udføres.

EU-Domstolen fandt, at kravene ikke var proportionale, idet de ikke var egnede til at nå det tilstræbte formål, ligesom der fandtes midler til at opnå det tilstræbte formål, der var mindre restriktive for den frie udveksling af tjenesteydelser.¹¹

Generaladvokat Szpunar forholdt sig i sit forslag til afgørelse i Grupo Hospitalario-sagen til Contse-dommen. Det var Generaladvokatens vurdering, at et krav om rådighed over forretningslokaler, som i Contse-sagen, formentlig ikke ville have medført vanskeligheder, hvis det først havde skullet været opfyldt på tidspunktet for udførelsen af tjenesteydelsen fremfor på tidspunktet for afgivelse af bud. Baggrunden for denne vurdering var ifølge Generaladvokaten, at kravet om at råde over et forretningslokale i en bestemt provins ikke medførte nogen

¹⁰ EU-Domstolens dom af 22. oktober 2015, Grupo Hospitalario Quirón, C-552/13, EU:C:2015:713.

¹¹ EU-Domstolens dom af 27. oktober 2005, Contse, C-234/03, EU:C:2005:644. Fsva. kriteriet om etablering af forretningslokaler fremgår proportionalitetsvurderingen heraf af dommens pr. 53-55. Fsva. angår kriteriet om faciliteter til genopfyldning mv. inden for en radius af 1000 km., fremgår proportionalitetsvurderingen heraf af dommens pr. 61-76.

byrdefuld investering, og at det efter sin karakter uden vanskeligheder kunne opfyldes på ethvert tidspunkt. I modsætning hertil angav Generaladvokaten, at et krav om at etablere hospitalsinfrastruktur i Bilbao var en meget stor og tidskrævende investering, som formentlig ikke var rentabel. Dermed var kravet en hindring for den frie udøvelse af tjenesteydelser, da det kunne gøre udøvelsen heraf mindre attraktiv.¹²

Derudover har Klagenævnet for Udbud i kendelse af 12. februar 2008, Rengøringsgrossisten v/Ingelise Mortensen mod Skive Kommune fastslået, at udvælgelsen af bydere ud fra et udvælgelseskriterie om ”repræsentation i lokalområdet” var i strid med udbudsreglerne, da det ikke var i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet.

2.2 Statsstøttere reglerne

De omhandlede udbud skal alle gennemføres med en kompensation fra det offentlige, og det er derfor nødvendigt at sikre, at også EU’s statsstøttere regler overholdes. EUF-traktatens artikel 107, stk. 1, forbyder som udgangspunkt, at medlemsstaterne yder statsstøtte. Statsstøtte foreligger, når fem kumulative betingelser er opfyldt:

- 1) Foranstaltning skal ydes til en virksomhed,
- 2) den skal kunne tilregnes staten og skal være finansieret med statsmidler,
- 3) der skal være indrømmet en fordel,
- 4) foranstaltningen skal være selektiv, og
- 5) den skal påvirke konkurrencen og samhandelen mellem medlemsstaterne.

Den påtænkte offentlige støtte til de konkrete public service-tv- og -radiokanaler vil utvivlsomt opfylde betingelserne 1, 2, 4 og 5 ovenfor. Hvis de påtænkte udbud indebærer en økonomisk fordel (betingelse nr. 3) for leverandøren, vil kompensationen til leverandøren derfor udgøre statsstøtte, jf. EUF-traktatens artikel 107, stk. 1 (afsnit 2.2.1). I så fald vil udbuddene skulle tilrettelægges, så kompensationen ydes som lovlige og forenelige public service-statsstøtte.

2.2.1 Udbuddene overholder Altmark-betingelserne og indebærer dermed ikke statsstøtte

I Altmark-dommen fra 2003 opstillede EU-Domstolen fire betingelser, der skal være opfyldt, for at offentlig kompensation for udførelse af en public service-forpligtelse ikke udgør en økonomisk fordel for den virksomhed, der er pålagt forpligtelsen, og dermed ikke er omfattet af statsstøttere reglerne.¹³

For det første skal den modtagende virksomhed faktisk være pålagt at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, og disse forpligtelser skal være klart defineret.

¹² Generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse af 11. juni 2015, Grupo Hospitalario Quirón, C-552/13, EU:C:2015:394, pr. 47-51.

¹³ EU-Domstolens dom af 24. juli 2003, Altmark Trans, C-280/00, EU:C:2003:415, pr. 89-93.

.....
For det andet skal de kriterier, der danner grundlag for beregningen af kompensationen, være fastlagt på forhånd på en objektiv og gennemsigtig måde.

For det tredje må kompensationen ikke overstige, hvad der er nødvendigt for helt eller delvist at dække de udgifter, der er afholdt ved opfyldelsen af tjenesteydelserne af almindelig økonomisk interesse, idet der skal tages hensyn til de hermed forbundne indtægter og til en rimelig fortjeneste ved opfyldelsen af forpligtelserne.

For det fjerde skal *enten* (a) udvælgelsen af den virksomhed, der skal have overdraget en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse, gennemføres inden for rammerne af en offentlig indkøbsprocedure, som giver mulighed for at vælge den tilbudsgiver, der kan levere de pågældende ydelser til de laveste omkostninger for samfundet, *eller* (b) størrelsen af den nødvendige kompensation fastlægges på grundlag af en analyse af de omkostninger, som en gennemsnitsvirksomhed, der er veldrevet og har det rette udstyr til at kunne opfylde de stillede krav til tjenesteydelsen af almindelig økonomisk interesse, ville have ved at opfylde forpligtelserne.

Den første betingelse kræver således, at de påtænkte udbud pålægger leverandøren at udføre public service-tv eller -radio, jf. herom nærmere nedenfor i afsnit 2.2.3.

Den anden og tredje betingelse giver ikke anledning til særlig opmærksomhed i forhold til dette notats emne og vil derfor ikke blive uddybet yderligere.

De krav, som den fjerde betingelse stiller til udbudsproceduren, er nærmere beskrevet i Kommissionens public service-meddelelse.¹⁴

Det skal særligt bemærkes, at ved vurderingen af, om et udbud har ført til, at man har valgt den tilbudsgiver, der leverer de ønskede public service-ydelser til de laveste omkostninger for samfundet, må der således tages udgangspunkt i den konkrete public service-ydelse, der ønskes leveret. Om en anden type public service-ydelse (f.eks. en public service-ydelse, der ikke i samme grad bidrager til geografisk diversitet i public service-indholdet) kan leveres billigere, er uden betydning i denne sammenhæng.¹⁵

2.2.2 Udbuddene overholder ikke Altmark-betingelserne, og kompensationen skal derfor ydes som lovlig og forenelig public service-statsstøtte

Kan de ovennævnte Altmark-betingelser ikke opfyldes i forbindelse med gennemførelsen af de påtænkte udbud, vil de omhandlede udbud indebære statsstøtte til leverandøren.

.....
¹⁴ Meddelelse fra Kommissionen om anvendelsen af Den Europæiske Unions statsstøtteregler på kompensation for levering af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse (2012/C 8/02).

¹⁵ Se i den forbindelse Meddelelse fra Kommissionen om anvendelsen af Den Europæiske Unions statsstøtteregler på kompensation for levering af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse (2012/C 8/02), afsnit 62, der henviser til, at vurderingen foretages ud fra, hvilke leverandører der kan levere "de pågældende ydelser". Se i samme retning Rettens dom af 18. januar 2017 RENV, T-92/11, EU:T:2017:14, pr. 55ff.

I så fald vil statsstøtten skulle ydes på en måde, der er forenelig med det indre marked. Der er to relevante muligheder for at yde den her omhandlede kompensation som public service-statsstøtte, der er forenelig med det indre marked:

For det første tillader Kommissionens afgørelse af 20. december 2011 (herefter public service-afgørelsen)¹⁶ under visse betingelser, at medlemsstaterne yder statsstøtte i form af kompensation for visse tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse uden forudgående notifikation til Kommissionen. Det er bl.a. en forudsætning for, at afgørelsen finder anvendelse, at der er tale om en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse, som er overdraget til den pågældende virksomhed, ligesom kompensationen for leveringen af disse ydelser ikke må overstige EUR 15 mio. årligt, hvilket de ovennævnte påtænkte udbud synes at kunne overholde, hvis de gennemføres særskilt.

Kan udbuddet ikke tilrettelægges således, at det opfylder Altmark-betingelserne eller således, at statens kompensation opfylder betingelserne i public service-afgørelsen, vil kompensationen for det andet kunne anmeldes til og godkendes af Kommissionen efter EUF-traktatens artikel 106, stk. 2.

Bestemmelsen giver bl.a. Kommissionen grundlag for efter en individuel vurdering at godkende offentlig kompensation for udførelse af public service-ydelser, når følgende kumulative betingelser er opfyldt:

1. Den pågældende tjenesteydelse skal være en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse og klart være defineret som sådan af medlemsstaten (definition).
2. Den pågældende virksomhed skal udtrykkeligt af medlemsstaten have fået overdraget at udføre denne tjenesteydelse (mandat).
3. Anvendelsen af traktatens øvrige bestemmelser skal hindre opfyldelsen af de særlige opgaver, virksomheden er betroet, og fritagelsen fra disse regler må ikke påvirke udviklingen i samhandelen i et sådant omfang, at det strider mod Unionens interesser (proportionalitet).

Kommissionens radio- og tv-meddelelse fra 2009 udmønter disse principper for så vidt angår public service-radio og -tv.¹⁷

¹⁶ Kommissionens afgørelse af 20. december 2011 om anvendelsen af bestemmelserne i artikel 106, stk. 2, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på statsstøtte i form af kompensation for offentlig tjeneste ydet til visse virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse (2012/21/EU).

¹⁷ Kommissionens meddelelse om statsstøttereglernes anvendelse på public service-radio- og -tv-virksomhed (EØS-relevant tekst) (2009/C 257/01).

2.2.3 Nærmere om begrebet public service-radio og -tv i EU-statsstøtteren

Fælles for de ovennævnte public service-statsstøtteregler er, som det fremgår ovenfor, at de forudsætter, at den offentlige kompensation betales som kompensation for at yde *en klart defineret og pålagt public service* (en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse).

Medlemsstaterne har efter fast praksis et betydeligt skøn i forbindelse med fastlæggelsen af, hvad der hos dem skal være en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse.¹⁸ Kommissionens kompetence er derfor begrænset til at kontrollere, om medlemsstaten har foretaget en *åbenbar fejl* i forbindelse med definitionen af en tjenesteydelse som en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse.¹⁹

Fælles for alle tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse er, at de skal henvende sig til borgerne eller være i hele samfundets interesse.²⁰

På radio- og tv-området anerkender Kommissionen generelt grundet sektorens særlige karakter og behovet for at sikre public service-selskabernes redaktionelle uafhængighed, at den pålagte public service-forpligtelse fastlægges som en kvalitativ definition, som pålægger et selskab at tilbyde en bred, afbalanceret og varieret programflade.²¹

Kommissionens radio- og tv-meddelelse afgrænser derudover public service-radio og -tv positivt og negativt på følgende meget overordnede måde:

”48. Hvad angår definitionen af public service i radio- og tv-sektoren, er Kommissionens rolle begrænset til at kontrollere, at der ikke forekommer åbenbare fejl. Det er ikke Kommissionens opgave at afgøre, hvilke programmer der skal udbydes og finansieres som en tjeneste af almindelig økonomisk interesse, eller at stille spørgsmålstejn ved arten eller kvaliteten af et givet produkt. Der ville imidlertid være tale om en åbenbar fejl i definitionen af public service opgaven, hvis den omfattede aktiviteter, som ikke med rimelighed kunne anses for at være i overensstemmelse med protokollens bestemmelse om opfyldelse af »de demokratiske, sociale og kulturelle behov i de enkelte samfund«. Det ville normalt være tilfældet med f.eks. reklamer, e-handel, teleshopping, anvendelse af overtakserede telefonnumre i præmiekonkurrencer, sponsorering eller merchandising. Desuden kunne der være tale om en åbenbar fejl, når statsstøtten anvendes til finansiering af aktiviteter, der ikke skaber nogen merværdi i form af

¹⁸ Meddelelse fra Kommissionen om anvendelsen af Den Europæiske Unions statsstøtteregler på kompensation for levering af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse (2012/C 8/02), punkt 45-46.

¹⁹Jf. således Rettens dom af 15. juni 2005, Fred Olsen mod Kommissionen, T-17/02, EU:T:2005:218, pr. 216. Se også som et eksempel Rettens dom af 18. januar 2018, RENV, T-92/11, EU:T:2017:14, pr. 55ff.

²⁰ Meddelelse fra Kommissionen om anvendelsen af Den Europæiske Unions statsstøtteregler på kompensation for levering af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse (2012/C 8/02), punkt 50.

²¹ Kommissionens meddelelse om statsstøttereglernes anvendelse på public service-radio- og -tv-virksomhed (2009/C 257/01), punkt 47, samt Rettens dom af 26. juni 2008, SIC mod Kommissionen, T-442/03, EU:T:2008:228, pr. 201, og Rettens domme af 22. oktober 2008, TV2/Danmark mod Kommissionen, forenede sager T-309/04, T-317/04, T-329/04 og T-336/04, EU:T:2008:457, pr. 122-124.

opfyldelse af demokratiske, sociale og kulturelle behov i samfundet.” (fremhævninger tilføjet, fodnoter udeladt.)

2.3 Praksis vedrørende TV 2 Norge

I 2017 udbød den norske regering driften af en landsdækkende public service-tv-kanal. Tv-kanalen TV 2 Norge, der siden 2012 har været 100% ejet af Egmont, bød på opgaven.

I forbindelse med udbuddet fremgik følgende krav til tilbudsgivers placering af udbudsmaterialet:²²

”(2) TV-kanalens hovedredaksjon skal være lokalisert i Norge, minst 100 km utenfor Oslo sentrum. Med TV-kanalens hovedredaksjon menes:

- stedet der majoriteten av TV-kanalens redaksjonelle beslutninger om programsammensetningen tas*
- stedet der majoriteten av TV-kanalens redaksjonelt ansatte engasjert i TV-kanalens virksomhet har sitt arbeidssted*

(3) TV-kanalens sentrale nyhetsredaksjon skal ligge i Norge, minst 100 km utenfor Oslo sentrum.”

TV 2 Norge var på tidspunktet for udbuddet allerede pålagt public service-forpligtelser. I den forbindelse var selskabet pålagt et krav om placering i Bergen. Der var fra politisk hold ønske om at bevare kravet om placering i Bergen.

Et ”Mediemangfaldsudval” under det norske Kulturministerium tilkendegav, at krav til placering uden for Oslo kunne medvirke til at sikre mediemangfoldighed og modvirke tyngden i landsdækkende medier, der var placeret i Oslo. Udvalget anbefalede dog, at kravet ikke blev formuleret så snævert, at en udbyder af public service-tv skulle være placeret i Bergen. Det blev i den forbindelse fremhævet, at et sådant lokalitetskrav ville kunne begrænse antallet af budgivere, ligesom det ville kunne afholde budgivere, der ikke allerede var veletablerede i Bergen, i at etablere sig der.²³

3. VURDERING

Som det fremgår af afsnit 2.1 ovenfor, vil et krav til lokaliteten af visse af den valgte leverandørs aktiviteter sædvanligvis være indirekte diskriminerende og dermed omfattet af en eller flere af EUF-traktatens bestemmelser om forbud mod diskrimination. Sådanne krav vil således kunne medføre, at bydere, hvis aktiviteter allerede er beliggende indenfor den

²² Kravene fremgik af public service-aftalens § 3.3. Link til udbudsmaterialet og aftalen kan tilgås her: https://www.regjeringen.no/contentassets/6645c8d28ddb4b1eb85ef97f698af549/vedlegga-utkast_til_avtale-oppdateret-30-08-2017.pdf

²³ Se i den forbindelse Det Kongelige Kulturdepartements melding til Stortinget 14, Kommersiell allmennkringkasting, afsnit 6.3.3.2. Meldingen kan tilgås via dette link: <https://www.regjeringen.no/contentassets/14a6c04c14b5454e888361d61c294f49/nn-no/pdfs/stm201620170014000dddpdfs.pdf>

ønskede lokalitet, vil blive favoriseret i forhold til andre virksomheder, herunder virksomheder, der er etableret i andre EU-/EØS-lande.

Sådanne lokalitetskrav skal derfor kunne begrundes i varetagelsen af et sagligt hensyn og være proportionale, det vil sige, at de skal være egnede til at varetage det saglige hensyn og ikke gå videre end nødvendigt.

Det er principielt et sagligt hensyn at søge geografisk diversitet i indholdet af dansk public service-radio og -tv i forbindelse med de påtænkte udbud. Fastlæggelsen af visse typer lokalitetskrav i forbindelse med disse udbud vil formentlig principielt være *egnede* til at kunne bidrage til denne diversitet, f.eks. ved at public service-indholdet fra den udbudte kanal får et andet geografisk orienteret indhold end de eksisterende public service-tilbud. I den forbindelse lægger vi vægt på, at hovedparten af public service-radio i Danmark i dag er produceret i København (dvs. øst for Storebælt), og at hovedparten af landsdækkende public service-tv er produceret i København og Odense.

Lokalitetskravet skal imidlertid udformes, så det ikke går videre end *nødvendigt* for at varetage hensynet til at sikre geografisk diversitet i public service-indholdet.

Dette gælder såvel for kravets *geografiske rækkevidde* (bestemte byer, bestemte regioner, bestemte landsdele eller lignende) som for dets *indhold* (hovedsæde, produktion, studiefaciliteter og/eller medarbejdere).

Jo mere geografisk specificeret og jo mere omkostningstungt for byderne lokalitetskravet er, jo mere indgribende vil det være, og jo stærkere dokumentation vil der derfor skulle foreligge for kravets proportionalitet, herunder navnlig at det samme hensyn om geografisk diversitet ikke kan opnås på en anden og mindre indgribende måde.

Således vil et krav om f.eks. beliggenhed i en bestemt by (Århus) kræve stærkere dokumentation end et mere bredt formuleret krav om f.eks. beliggenhed "*uden for København*". Tilsvarende vil et krav, der kun angår visse produktionsfaciliteter, være mindre byrdefuldt end et krav, der omfatter f.eks. alle medarbejdertyper, alle produktionsfaciliteter m.v.

Som det fremgår af afsnit 2.2. ovenfor, er det en forudsætning for, at der kan ydes kompensation til den valgte leverandør af de påtænkte radio- og tv-kanaler, at dette kan ske inden for rammerne af EU's public service-statsstøtteregele.

Dette indebærer først og fremmest, at leverandørens forpligtelser defineres som public service-forpligtelser i overensstemmelse med EU-statsstøtteregele. Selv om disse regler anerkender, at medlemsstaterne har et meget vidt skøn til selv at definere indholdet af deres public service-radio og -tv, kontrollerer Kommissionen, om der er "*åbenbare fejl*" i

medlemsstaternes udøvelse af dette skøn. Kommissionen anfører i den forbindelse i radio- og tv-meddelelsen, at *"der kan være tale om en åbenbar fejl, når statsstøtten anvendes til finansiering af aktiviteter, der ikke skaber nogen merværdi i form af opfyldelse af demokratiske, sociale og kulturelle behov i samfundet."* (punkt 48) (vores fremhævning).

Det er vores vurdering, at et ønske om geografisk diversitet i indholdet af public service-radio og -tv kan siges at skabe en merværdi i form af opfyldelse af demokratiske, sociale og kulturelle behov i samfundet, og at det således principielt er muligt at definere public service-indholdet på en måde, der varetager dette hensyn.

Det er også vores vurdering, at visse typer lokalitetskrav principielt vil kunne bidrage hertil. Kommissionen har imidlertid hverken i sine retningslinjer eller i sin praksis forholdt sig til, under hvilke omstændigheder et lokalitetskrav for leverandøren kan siges at bidrage til at skabe geografisk diversitet i public service-indholdet.

Sammenfattende er det vores vurdering, at EU-retten principielt tillader, at Kulturministeriet i forbindelse med de ovennævnte udbud søger at opnå geografisk diversitet i public service-indholdet af danske tv- og radiokanaler, og at det principielt er muligt at varetage dette hensyn ved fastsættelsen af visse typer lokalitetskrav.

Udmøntningen af kravet skal imidlertid ske under overholdelse af EUF-traktatens bestemmelser om forbud mod diskrimination og inden for rammerne af EU's public service-statsstøtteregler. Det indebærer navnlig følgende:

1. Ethvert lokalitetskrav vil formentlig indebære en risiko for forskelsbehandling af potentielle leverandører og dermed være omfattet af en eller flere af EUF-traktatens bestemmelser om forbud mod diskrimination. Derfor skal hvert enkelt element i lokalitetskravet være sagligt begrundet og proportionalt i lyset af det formål, der søges varetaget (geografisk diversitet i indholdet af public service-radio og -tv). Den præcise udformning af lokalitetskravet for hvert af de tre påtænkte udbud kræver en konkret analyse af hvert enkelt element i lokalitetskravets tilknytning til formålet. Dette gælder både (a) kravets geografiske rækkevidde (en region, en landsdel eller noget andet) og (b) kravets indhold (hovedsæde, produktion, studiefaciliteter, redaktionelle og/eller administrative medarbejdere). Hvert enkelt element i lokalitetskravet skal kunne siges at bidrage positivt til det ønskede public service-radio eller -tv-indhold.
2. For det andet skal det formål, der søges varetaget med lokalitetskravet, defineres i overensstemmelse med EU's public service-statsstøtteregler, da leverandøren vil skulle kompenseres for den pålagte public service-forpligtelse inden for rammerne af EU's statsstøtteregler. Det betyder navnlig, at lokalitetskravet ikke kan

.....

begrundes i andre hensyn, der er public service-indholdet uvedkommende, herunder f.eks. beskæftigelses- eller regionalpolitiske hensyn.

På baggrund af de oplysninger, vi har til rådighed, er det vores vurdering, at det næppe er muligt at stille et krav om, at de udbudte kanaler skal have en lokalitet, der er så præcist beskrevet som f.eks. en bestemt by (Århus). En så specifik beskrivelse af den geografiske rækkevidde synes at gå videre end nødvendigt for at varetage formålet om at sikre geografisk diversitet i public service-indholdet.

Det er således vores vurdering, at det i praksis ikke vil være muligt at begrunde, at en lokalitet i lige netop Århus eller en anden konkret by er nødvendigt for at producere landsdækkende public service-radio og/eller -tv, der sikrer geografisk diversitet i public service-indholdet. Navnlig vil det være vanskeligt at begrunde, at et bredere og mindre indgribende krav, som også tillader f.eks. lokalitet i Skanderborg, Silkeborg, Randers eller lignende, ikke kan varetage det samme formål.